POR
EL GENERAL IVAN DE HERMOSILLA.
CON
DOÑA CATALINA FRANCISCO, muger que fue de Fernando de Acosta.

EL Hecho es llano, y constante, que al tiempo que Fernando de Acosta vendio, y cedio al General Iuan de Hermosilla la dita, sobre que se litiga, estaua en su credito, y era mercader que trataua, compraua, y vendia escrituras, y otras mercadurias, y cargaua a Indias, y en tal opinion era auido, y reputado, como todo està bien probado.

Tambien es llano en el hecho, que las escripturas, y ditas se compran, y venden en la Lonja de Seuilla, como otra qualquier mercaduria, que tambien està probado por testigos, y de derecho no lo està menos, porque se venden, y compran, vt titulis ff. & C. de hæreditate, vel actione vendita, & etiam in simplici pecunia datur emptio, Scacia de commercijs 1.par.§.1.quæst.4.num.22.in terminis lo dize, num.29. ibi; *Quarto quia pecunia continetur appellatione mercis, &c.* alega a Baldo, Straca, Nauarro, y otros, y lo cöprueua con muchos, hasta el num.31. & seqq. En esta Ciudad es indubitable adonde este trato es mas corriente, como tiene probado el General, y de ordinario se venden escripturas, Fanterna de assecurationibus, 4-part.nu. 65. fol. mihi 566.ibi; *Quod qualibet res quam quis habet ad vendendum habetur loco mertium, & sic est tenendum in istis assecurationibus mercatorum.* Y es cierto, que todo aquello con que se negocia habetur loco mertium Ripolit. variar. cap.13. nu. 405. ibi; *Cum sibique enim negotiabatur dictus sala, & sic mercis nomine continebatur*, Lessio de iustitia, & iure, cap. 21. dubitatione 1. lib. 2. vbi ait; *Quod mers vacatur quauis res vendibili, tales sunt, res omnes mobiles, & immobiles actio-*

nes

nes, & iura quæ pecuniæ æstimari, & comparari solent, &c. Y por esto se justifica el poderse comprar las ditas por menos cantidad de lo que ellas son, como otro qualquier genero de mercaduria, vt in terminis tradit Scacia de commercijs, §.1. q.7.part.1.n.80, ibi; *Et quod creditor possit vendere debitum, quod vocant pagam aceruam, vti rem pretio æstimabilem, & alter emere, & sit vera venditio, in qua sicuti in quacumque alia venditione, licet considerare vitia, & defectus rei venditæ, & ratione illorum minuere prætium, consideranda sint damna pericula, & expensæ quæ requiruntur in illius debiti exactione, hacque ratione scutis 90. liceat emere scuta 100. quæ debentur post annum, &c.* De suerte que basta que se negocie con las ditas, como en esta Ciudad se acostumbra, para que se repute por mercaduria.

Esto supuesto a Doña Catalina se le deue denegar lo que pretende en la dita, sobre que se litiga, declarando pertenecer al General, sin que con el pueda concurrir.

Y para que esto se vea con mas euidencia, con toda breuedad referirè los fundamentos de doña Catalina, para que con la respuesta dellos se confirme la justicia del General.

Dize lo primero Doña Catalina, que su dote es mas antiguo derecho, con hipoteca, assi legal como conuencional, y que supuesto que esta dita fueron bienes de Fernando de Acosta, deue preferirse por el derecho de su hipoteca.

Y puede dezir mas, que por la ley pecunia, de præuilegio fisci, es indubitable que la muger por su dote reuoque el dinero pagado per hypothecariam si pecunia stat, y si està consumido el dinero lo reuoque per condictionem ex lege. Y como esta dita està en ser, parece que no tiene para que ayudarse del segundo, que es derecho extraordinario, porque el ordinario de la hipoteca es bastante.

Tābiē puede dezir, q̄ en las ditas, y cessiones tiene esto otra inspeccion, porq̄ por el consejo celebre de Alexandro 15. en el tomo 6. y disposicion de la l. nomen, quæ res pignori. Por el mismo caso que Fernando de Acosta se obligò, dio poder y cession en causa propria de esta dita a Doña Catalina, y le traspassò las acciones vtiles, quedandose tan solamente con las directas, con que parece que la venta que hizo a el General no tuuo subsistencia.

Estas doctrinas son en si ciertas, y verdaderas, pero no aplicables al caso presente; porque quanto a lo primero, supuesto que tenemos assentado, que esta dita es res venalis, principalmente en Seuilla, y sien-

ſiendo Fernando de Acoſta mercader tratante, que la tomó para vẽder, como todos hazen, y es eſtilo; y eſto lo auemos probado con derecho, y teſtigos, entra la reſolucion de dos queſtiones.

La primera vtrum ſi debaxo de la hipoteca de todos los bienes ſe contienen las mercadurias?

La ſegunda, que caſo que ſe cõprehenda en la general (o ſi eſpeeſpecialmẽte eſtan hipotecadas) poſsint libere alienari taliter, que el acreedor en cuyo fauor ſe hizo la hipoteca, no pueda per hipotecariam pedir eſtas coſas vendibles, y enagenadas. Vna y otra queſtion la reſuelve en fauor del General la l. cum tabernam, ff. de pignorib. & ita per hunc textum pro conſtanti tenet Paul. de Caſtro in l. 1. C. de verbor. ſignific. ſub num. 2. ibi; *Et idem ſi aliquis obligat bona ſua nõ videtur obligare illa quæ habet venalia, facit dict. l. cum tabernam, & c.* Ay muchas razones de decidir. La primera, ne comertia impediantur. La ſegũda, quia tacitè per partes hoc actum eſt, y otras muchas; y tambien es buena la razon de Iaſſon in §. item ſeruiana, num. 44. limitando el dicho §. en quanto trata de la hipoteca in rebus invectis, & illatis, vt nõ procedat in venalibus, ibi; *Secundo principaliter poteſtis ex hac gloſſa inferre, quod merces & aliæ res venales, & pecunia illatæ in domum conductam non ſunt tacitè pignoratæ, quia non inferũtur eo animo, vt ibidem in perpetuo maneant propter eorum frequentem, & celerem motum.*

Eſte lugar apoya lo referido, de que el dinero es verdadera mercaduria.

Eſta reſolucion de que debaxo de la hipoteca general no ſe comprehẽdẽ mercadurias en el nomẽ debitoris, es mas indubitable, por que conforme al rigor del derecho no ſe podia hipotecar, ni pignorar, y lo decidido en la ley nomen fue equidad pretoria, fundada en que era inhumanidad, que vno tuuieſſe todo ſu auer en ditas, y no pudieſſe hipotecando contratar, vt intelligit Faber lib. 8. coniecturar. cap. 15. & 16.

Y quando eſta reſolucion no fuera tan cierta, y que las mercadurias ſe comprehendieſſen debaxo de la obligacion, ſe pueden enagenar libremente, ſin que el acreedor tenga mas derecho que contra aquellos bienes, que tempore mortis debitoris in eius poteſtate reperiuntur, aut tempore intentati iudicij, es doctrina original de Baldo in l. vbi aduc, C. de iure dotium, à nu. 19. *Vbi ſed pone maritus erat mercator panorum, vel artifex artis lanæ, & poſt dotem receptam ipſe*

 vendi-

vendidit lanam, vel panos; mulier quia vir suus malefecit mercantiã, & per hoc incipit esse de eo suspicio vult agere hypothecaria contra emptores panorum & lanæ, nunquid poterit? & videtur quod sic, per hypothecariam, &c. in contrarium videtur, nam res venales quæ quotidie permutantur non videntur venire in generali obligatione bonorum, scilicet adeò quod libere vendi, & permutari non possint, vt ff. de pignoribus, l. cum tabernam, &c.

Y el mismo texto in fine claramente lo dize, ibi; *Ea quæ morte debitoris tempore in taberna inuenta sunt pignori obligata esse videntur.*

Esta resolucion de Baldo refiere Estraca a la letra in tractatu de mercatura, titulo mandati, num. 7. fol. 195. adonde refiere las mesmas palabras de Bald. sequitur Negusantius 2. membro, 2. part. de pignoribus, num. 23. ibi; *Quod si dictæ merces ante mortem debitoris, vel ante ortam hypothecariam, vel ante motum iuditium fuerint alienatæ in extraneum non competeret, & illas hypothecari, & ratio est secundum Bald. ibi, quia licet merces venales veniant in obligationem bonorum, tamen non veniunt taliter, quod libere vendi, & permutari non possint, &c.* Y prosigue en el numero 24. ibi; *Ex quibus habes magnã limitationem ad illam regulam, quod hypothecaria sequitur rem, de quà in l. distractis, & in l. pignoris, C. de pignoribus, & in l. pignus, ff. eodem: nam fallit in mercibus venalibus, quia licet illæ sint hypothecatæ, tamẽ illis venditis ante ortum hypothecariæ desinit competere hypotecaria, &c.* cum multis comprobat auctor Philippicæ lib. 2. cap. 13. in tit. reuocatoriæ, num. 15. ibi; *Empero no procede la dicha reuocatoria, aunque preceda la dicha excursion, y si intentò por deuda hipotecaria, o dotal, quando la cosa enagenada es venable, o vendible, como las mercadurias, que segun el vso lo son, por ser solo obligadas a la deuda mientras la possee el deudor, y no despues de posseerlas otro a quien el las enagenò, por no prohibirse la enagenacion de ellas, ni poderse reuocar por la hipoteca, por no impedirse el exercicio de su vso, y de el comercio, &c.* adõde alega muchas.

Y casi en terminos lo resuelve Paulo Parisio en el cõsil. 69. volum. 4. adonde dize, que quando el deudor cedio alguna dita en pago a su acreedor posterior, que no tiene derecho de prelacion en ella el acreedor anterior por la equidad, ne comertium impediatur, y equipara la cession a las mercadurias, diziendo, que de la manera que puede el deudor ceder in solutum la dita, puede dar in solutum mercadurias, y que no teniendo, como no tiene, el acreedor anterior derecho de hipoteca en las mercadurias vendidas, o dadas in solutum;

por

por la razon, y doctrina de Baldo, que està referida; assi tampoco tiene hipoteca, ni prelacion en la dita cedida in solutum, porque en qualquiera de estos dos casos milita la misma razon, y lo resuelve en terminos de vn estatuto de Genoua, que lo entiende, y interpreta, his verbis; *Quo stante statutum loquatur quando solutio est facta in pecunia numerata, vel in vancis, vel quando merces fuere datæ in solutum, idem etiam erit dicendum quando nomen debitoris fuit in solutum datum, nam isto casu viget ratio in statuto expressa, ne inter mercatores commertium prohibeatur sicuti viget, & quando fuisset soluta pecunia, & extaret quod non esset consumpta, vel quando solutio fuisset facta in vancis, & aduc non fuisset recepta, vel quãdo merces fuissent datæ in solutum, & aduc extarent; istis enim casibus priori creditori habenti hypothecam omnia prædicta essent hypothecata, & primus creditor posset à vocare â secundo creditore, cui à communi debitore fuisset modo prædicto satisfactum, considerando rigorem iuris de quo supra: quo non obstante etiam istis casibus statuentes voluerunt priorem creditorem excludi considerando æquitatem, de qua in dict. l. pupillus in fin. & in dictà l. & si non expedit, & rationem prædicatam, ne commertium prohiberetur, quæ æquitas et quæ ratio pariter viget, & isto casu quando bona fide nomen debitoris veri à communi debitore fuit datum in solutum secundo creditori.* Et ibi; *Prout etiam si verè pecunia fuisset soluta secundo creditori, & aduc starent certæ, primus creditor excluderetur ea ratio, ne quia vero esset satisfactum, et soluens fuisset liberatus pariter, et cum nomen debitoris fuisset datum in solutum, et cessum, &c.* tenet etiam Scatia de commercijs, §. 2. gloss. 5. num. 44. ibi; *Extende hanc limitationem, vt in repub. Genuæ procedat, non solum in solutione pecuniæ, vt locutus sum in hac limitatione; sed procedat etiam in cessione, et datione in solutum nominis debitoris, seu delegatione posteriori creditori bona fide factis, quia tunc creditor anterior, qui habebat hypothecam anteriorem, et potiora iura in illo eodem nomine non poterit ab illo posteriori creditore avocare illud nomen.*

Y aunque es disputada la question, vtrum si el acreedor anterior puede reuocar la paga hecha al acreedor posterior, y se haze distincion si el dinero està en ser, o consumido, o si se pagò por causa lucratiua, o onerosa, ay muchas opiniones, y autores muy graues, que resuelven auiendose hecho la paga con buena fè, no se deue reuocar por el acreedor anterior ex æquitate, & ne commertium impediatur. Pero seasse lo que se fuere, no es este el caso de este pley-

 to

to, porque aqui no se trata de reuocar paga hecha a acreedor posterior, sino defender que en la dita cedida, y vendida, no tiene prelacion, ni hipoteca el acreedor, porque es res venalis, y se halla en poder de tercero, y procede lo mismo que en otra qualquier mercaduría, y se vendio en tiempo que Fernando de Acosta estaua en su credito, y era hombre de negocios., y el precio que recibio por ellas se subrogò en la misma dita, y con el comprò otras mercadurias, que es el caso proprio de la l. cum tabernam, ff. de pignoribus.

Con estas resoluciones queda bien probado, que Doña Catalina por su hipoteca no puede concurrir con el General, y que su derecho es vnico, y solo por la venta, y cessiõ, que tiene de Fernãdo de Acosta.

En quanto a la segunda parte de las alegaciones de Doña Catalina, fundadas en el consejo 15. de Alexand. en el lib. 6. de quibus supra dupliciter respondetur. Lo primero, con la doctrina de la ley cum tabernam, y de Paulo referida, supuesto que esta dita es mercaduria, no se comprehendio en la hipoteca, y por el consiguiẽte no le passaron las acciones vtiles, pues falta el cimiento, y puerta, que es la dicha hipoteca; y quando se aya comprehendido con la calidad de Baldo, y Straca, y Negusancio, y los demas referidos, scilicet, que solo comprehende, quæ reperiuntur tempore mortis debitoris, aut iudicij intentati, no tiene derecho en esta dita, porque tan lexos està de hallarse en estos terminos, que Fernando de Acosta la vendio en su vida al General, y despues de su muerte executò al deudor, porque hasta este tiẽpo Doña Catalina huuiesse hecho ninguna diligencia.

Segundo, porque en la venta que hizo Fernando de Acosta al General le entregó el instrumento de esta dita, que fue verdadera tradicion, l. 1. C. de donationibus, cum ibi notatis, & in l. 17. Tauri, y con el, y con la venta executó, y preocupó, sin que Doña Catalina hasta este tiempo hiziesse ninguno de los requisitos de la ley 3. C. de nouatio; y assi por la decision de la l. quoties, ff. de rei vindicatione, & l. 50. tit. 5. part. 5. en concurso de dos cessiones (si es que le llamamos assi a la de la de Doña Catalina) melior est condictio præoccupantis, & illius in quem possessio translata fuit, in terminis Caldas Pereyra de emptione & venditione, cap. 24. numero 58. ibi; *In dubium etiam reuocatur, an l. quoties, ff. de rei vindicatione in hac materia cessionum procedat, plerumque enim easdem actiones pluri-*

bus

bus concedimus omissa altercatione, ita resoluendum est, aut secunda cessio fuit facta re integra, hoc est antequam interueniat quodlibet ex notatis in l.3. C. de nouatio, et praebentioni casus est, nam quemadmodum ipse dominus per dictam l. 3. possuit non obstante cessione debitum exigere, ita et secundus cessionarius ab eo potestatem habens, vt resoluit Afflictis quaest. 335. num. 22. aut si fit secunda cessio re non integra, & tunc quia nec ipse dominus poterat non etiam poterit secundus cessionarius, per dictam l. 3.

En el caso presente quãdo D. Catalina embargó, esta causa estaua por sentẽciarse de remate, y el General auia preuenido, y executado en todos los derechos de Fernãdo de Acosta, y cõ el exercicio đ las directas, y cõ todas las directas, q̃ por la vẽta le cedio, y trapassó, cõ el mismo Afflictis, Bart. & Bal. Ioan de Arena, lo resuelve el autor de la Curia lib. 2. cap. 6. de la cesion, num. 9. ibi; *Mas se sigue de lo dicho, que aunque el cedente despues de hecha la cesion de la deuda en vno, no lo puede hazer en otro, en quanto a las acciones vtiles le puede hazer, en quanto el exercicio de las directas q̃ quedaron en el, que es bastante para cobrarla, y haziendola asimilan, que son semejantes entrambos cessionarios a los verdaderos procuradores. y es de mejor condicion, y preferido el q̃ primero preuiene en pedir la deuda, como lo dize Bartolo, &c.*

Y quando Doña Catalina diga, que porque la cesion es incorporal no ha menester mas tradiciõ que ella misma, y que por la hipoteca fue visto auerle cedido su marido la deuda. Se responde lo primero con lo referido, negando la hipoteca. Lo segundo, que es en dos especialidades contra la l. 1. C. de dotis promissiõ. La vna de q̃ por la hipoteca se induze cesion; la otra q̃ por la cesiõ se adquiere dominio. Lo tercero se responde, que en los terminos de la ley quoties, bastaua la entrega; oy por la l. 50. tit. 5. part. 5. ha menester tres cosas, entrega, possession, paga de precio, que todo concurre en el General, y nada en Doña Catalina, ibi; *Passasse a la tenencia, y possion, y pagasse el precio que le deue auer en el, y no el primero.*

Insuper este derecho, que Doña Catalina considera por el traspasso ficto, q̃ se induze por la hipoteca tacita, o expressa, es de su naturaleza condicional. Lo primero, porque la hipoteca es accessoria a la obligacion personal, para assegurar la deuda, si el deudor no paga, aut non est soluendo. Y de aqui viene que ha menester excusion la muger, y otro qualquier acreedor hipotecario por la regla general, y el authentica hoc si debitor, de pignoribus, que aqui no ay,

ni

ni puede auer, porque ay muchos bienes de Fernãdo de Acosta, como se vee en el inuentario, que està en este pleyto; con que tambiẽ cessa la razon que el Pretor tuuo en la l. nomen, C. quæ res pignor. para premitir hipoteca del nomen debitoris, de qua Faber supra.

Con que supuesto que este derecho de doña Catalina fue desde su principio condicional, en el medio tiempo pudo Fernando de Acosta contratar con el General, el qual se deue preferir a la dicha Doña Catalina, con Decio, y otros muchos lo resuelven Flores sobre la decision 116. de Gama, y da la razon en el num. 3. ibi; *Quod secundus contractus purus cum traditione præferatur, primo cum clausula constituti, etiam si postea purificetur conditio, nam non tollit ius medio tempore quæsitum.* Elegantemente lo comprueua Gomez l. 4. nu. 43. y da muchas razones.

Y vltimamente nunca el consil. de Alexandro puede tener lugar en este caso, porque a la muger no se le cũple el plaço, sino despues de la muerte del marido, y la hipoteca en su vida no pudo surtir el efeto, que dize Alexandro, porque Doña Catalina en vida de su marido no era capaz de la accion vtil, que se quiere considerar, porque todo estaua en Fernando de Acosta, l. doce ancillam, ff. de rei vendicatione, cum ibi notatis taliter, que la muger no puede rei vindicar aun los bienes dotales per eundem textum; con que Fernando de Acosta bien pudo ceder, y vender las vtiles, y directas desta dita, y por el consiguiente su derecho bien saneado, y ninguno tiene Doña Catalina en esta parte, y assi se espera se declare por V. S. Salvo, &c.